

《上市公司独立董事管理办法》修订要点述评

曾 斌 方荣杰 陈 坪*

摘要：2023年8月4日中国证券监督管理委员会正式发布《上市公司独立董事管理办法》，同日，沪深北交易所同步配套颁布自律监管规则。本次修订的《上市公司独立董事管理办法》共六章48条，分别从任职资格与任免、职责与履职方式、履职保障、监督管理与法律责任等方面规范独立董事在上市公司董事会中的参与决策、监督制衡、专业咨询作用。本文结合本次修订的核心条文与独立董事制度的源起和发展历史，对此次修订的关键要点和积极意义进行述评。

关键词：独立董事 制度改革 勤勉尽责 监督管理 法律责任

一、历史的选择：独立董事制度的源起与发展过程

要讨论独立董事制度的改革成效，则需要理解其制度起源。虽然目前独立董事常见于上市公司，但在独立董事制度滥觞地的美国，独立董事最早是出现在投资公司而非上市公司——独立董事制度最早构建于美国的《投资公司法》，这在公司治理发展历史中相对靠后。究其原因，是因为在20世纪20年代，美国投资公司中的管理层与发起人之间关系紧密（前者附属于后者），导致发起人利用管理层侵害投资者的现象频发。侵犯形式有很多体现，最为典型的两类为：第一，投资公司与其发起人进行不正当的关联交易，进行利益输送；第二，管理人套取巨额佣金，例如在毫无必要的情况下，管理人频繁买卖证券，虚增巨额佣金，以此来侵占投资公司的财产。在发起人的指使下，上述行为均显著违背了管理人应当承担的信义义务，使得投资公司俨然成

* 均供职于天册（深圳）律师事务所。

为了发起人自肥的提款机。这种管理人对于发起人的附属性(affiliation),就是董事非独立性的起源。但最初的《投资公司法》并未使用“独立董事”(independent director)一词,它的核心规制围绕着附属性(affiliation)展开。^①

直到1950年后,因为反垄断,股权金字塔结构拆除等原因,美国市场出现多元化、分散化的投资趋势,大股东对于大型公众公司的持股不断降低,“强管理者,弱所有者”的内部人控制局面开始出现,代理成本急剧升高——董事会监守自盗,对经理层监督欠缺的问题愈发突出,独立董事制度应运而生。具体言之,美国董事会结构演进至以独立董事为主体的历程,起始于对好的治理(good governance)的追求,但最终还是由一系列法律和规则的要求推动成型的。这一演进过程包含了多个阶段和多种因素的推动,包括了特拉华州法院对于“商业判断规则”的适用,纽交所规则对公司董事会中独立董事占多数的要求,审计和薪酬委员会必须全部由独立董事组成,纳斯达克要求由独立董事对利益冲突交易进行审批,以及安然事件后资本市场对于审计委员会中独立董事成员的重视。

若将目光继续延长,在1950—2005年的55年间,美国董事会结构最大的变化是从内部董事为主逐渐转向了独立董事占多数,特别是在1970年代后加快了转变的速度。而在这一过程中,这一结构转变并非通过定义独立董事的方式去给独立董事打标签而形成的,而是通过具有“事实上的独立性”(independence in fact)的董事而逐步形成的。可以说,美国独立董事制度的建立,是因为历史选择了独立董事,而不是立法者选择了独立董事。因此,我国如今对于独立董事制度的改革,不能脱离这一“初心”。

二、从探索实践到规范发展：我国独立董事制度改革恰逢其时

毫无疑问,上市公司独立董事制度是中国特色现代企业制度的重要组成部分,也是资本市场基础制度的重要组成内容。随着资本市场全面深化改革向纵深推进,加快构建更加科学完备的上市公司独立董事制度体系,更好发挥独立董事在公司治理中的积极作用,是促进规范上市公司治理、保护中小投资者权益以及推动提高上市公司质量的必然要求。

^① 参见王涌：《独立董事的当责与苛责》，载《中国法律评论》2022年第3期。

我国对于独立董事制度的探索历史并不短。自中国证券监督管理委员会(以下简称“证监会”)于2001年颁布《关于在上市公司建立独立董事制度的指导意见》,提出要在上市公司中全面推行独立董事制度以来,我国对于独立董事制度的摸索已经经过20余年。回顾过往,独立董事制度的引入初衷,主要是为了解决我国上市公司普遍存在的“一股独大”的内部人控制和监事会形同虚设的问题。然而,时至今日,独立董事定位不明确、权责不对等、监督手段不足、履职保障不到位等现象依然存在。独立董事并不能很好地发挥其监督、管理职能,少数独立董事甚至被称为“花瓶董事”“挂名董事”。中国政法大学方流芳教授有针对性地指出:“独立董事是一项具有中国特色的外来制度。在‘与国际惯例接轨’的驱动之下,外来制度常常被当作良药引进中国,引进之后,‘良药’的剂量又不断加重,以求速效。”^①因此我国迫切需要通过改革调动独立董事的积极性,保证独立董事有权利、有时间参与公司治理,并为独立董事提供良好的履职环境与必要的支持。同时,完善独立董事的责任制度,协调独立董事与监事会之间的关系,避免重复监督或监督空白也是急迫的需求。

在该背景下,证监会适时发布《上市公司独立董事管理办法》(以下简称“《独立董事办法》”),在独立董事的选任、职责履行、监督管理等方面做出了修订完善,并对其责任限制和履职风险转移作出了细化规定,本次改革主要包括七个方面的要点,下面分别进行阐述。

三、本次独立董事制度改革的七个要点

(一) 明确独立董事“三位一体”的角色定位,细致勾勒差异化定位的内涵

独立董事是指不在上市公司担任除董事外的其他职务,并与其所受聘的上市公司及其主要股东、实际控制人不存在直接或者间接利害关系,或者其他可能影响其进行独立客观判断关系的董事。^②相较于《上市公司独立董事规则》,《独立董事办法》进一步细化了独立董事的含义,强调独立董事与其所受聘的上市公司实际控制人不得存在直接或者间接利害关系。

具体来看,《独立董事办法》第3条明确了独立董事应发挥“参与决策、监督制衡、专业咨询”的作用,这“三重身份”既能为董事会提供多元化视角和专业支持,促进董

^① 参见方流芳:《独立董事在中国:假设和现实》,载《政法论坛》2008年第5期。

^② 参见《独立董事办法》第2条。

事会科学合理决策,也能对其他董事形成制衡,发挥监督作用。其中,第17条细致地勾勒出独立董事具体的履职方式,包括参与董事会决策并对所议事项发表明确意见;对关联交易、财务会计报告、董事及高级管理人员任免、薪酬等上市公司与其控股股东、实际控制人、董事、高级管理人员之间的潜在重大利益冲突事项进行监督,促使董事会决策符合公司整体利益,尤其是保护中小股东合法权益;对上市公司经营发展提供专业、客观的建议,促进提升董事会决策水平。^①

(二) 细化勤勉履职的“上限”和“下限”,确保独立董事充分参与公司治理

《独立董事办法》第8条规定,独立董事原则上只能在3家上市公司任职,这是独立董事勤勉履职的“上限”。据不完全统计,我国独立董事的主要来源是高校学者和中介机构人员(约占60%),其他公司高管占20%,均属于十分忙碌的群体,而对于兼职上限的调整,可以适当平衡独立董事的履职精力,增加履职投入。另外,第29条规定,独立董事每年在上市公司现场工作的时间不应少于15日,这是独立董事履职的“下限”,这要求独立董事不但要“有闲”,而且还要切实地将时间投入到履职当中去。作为对比,《银行保险机构董事监事履职评价办法》第14条规定,独立董事在银行保险机构工作的时间不得少于15个工作日。通常而言,银行保险公司独立董事要求要高于非金融机构的上市公司,普通上市公司独立董事的履职时间与银保机构持平,体现了更为严格的标准。

(三) 扩展独立性要求,强化对中小股东的保护

从独立董事的起源和历史来看,如何界定其“独立性”(起源为非“附属性”)是该制度健康运营的关键。但在过去,我国对独立董事任职条件和资格认定的监督管理存在短板,在我国上市公司大股东股权集中、中小股东参与公司治理发挥作用不充分的背景下,存在独立董事素质良莠不齐、“人情董事”的情况。然而,从监管实践来看,保持独立性的核心在于能够独立履职,证监会在就《国务院办公厅关于上市公司独立董事制度改革的意见》答复时,就指出:要让独立董事与大股东和管理层“完全绝缘”“超然独立”是不现实的。在该背景下,《独立董事办法》从任职、社会关系、重大业务往来等方面,细化了独立董事独立性的判断标准,明确了八类不得担任独立董事的人员。特别强调排除与上市公司控股股东、实际控制人存在任职、主要社会关系、重大业务往来等利害关系的人员;将在控股股东、实际控制人的附属企业任职人员及其直

^① 参见《独立董事办法》第17条。

系亲属纳入限制范围;扩大与“重大业务往来”相关的限制群体,与上市公司及其控股股东、实际控制人或者其各自的附属企业有重大业务往来的人员,或者在有重大业务往来的单位及其控股股东、实际控制人任职的人员纳入限制范围;在主要社会关系方面,更是增加了“子女配偶的父母”一类。同时,要求独立董事针对独立性建立定期的自查与评估机制并与年度报告同时披露。

本次关于独立性的修订主要是对原本散布在沪深交易所各板块《规范运作指引》及上交所《北京证券交易所上市公司持续监管指引第1号——独立董事》进行总结,并提级整合到《独立董事办法》中,进一步强化了独立董事独立性的要求。

(四) 完善独立董事选任制度,科学化独立董事任职管理

从选任制度的角度来看,本次《独立董事办法》从提名、选举、管理、解聘等方面全链条优化了独立董事选任机制。首先,明确规定上市公司应当设立审计委员会,审计委员会成员应当为不在上市公司担任高级管理人员的董事,强调应由独立董事中会计专业人士担任审计委员会召集人。其次,在独立董事的任职条件上,同步更新符合独立性要求,并增加担任独立董事必须满足“具有良好的个人品德,不存在重大失信等不良记录”,同时明确授予证券交易所与中国上市公司协会为独立董事提供相关培训服务的权利。

本次选任制度的改革还包括以下方面:① 建立提名回避机制,规定公司提名人不得提名与其存在利害关系的人员作为独立董事候选人;新增提名方式,投资者保护机构(以下简称“投保机构”)可以公开请求股东委托其代为行使提名独立董事的权利;①② 设置提名委员会对提名人任职资格进行前置审查,并要求交易所对候选人的相关材料进行审查,交易所提出异议的,上市公司不得提交股东大会选举;②实际上,2019年《证券法》已经赋予投保机构对股东征集代理权,即投保机构可以在市场上征集提案、提名自己希望选举的独立董事,从这个角度看,《独立董事办法》中的对应规定是对法律的重申;③ 推行选举独立董事累积投票制,并鼓励差额选举方式,上市公司股东大会选举两名以上独立董事的,应当实行累积投票制;③④ 明确规定提前解聘独立董事或独立董事提前辞职的应当及时披露具体理由和依据,规定独立董事补选期限为提出辞职或被解除职务之日起60日;④⑤ 由中国上市

① 参见《独立董事办法》第9条。

② 参见《独立董事办法》第11条。

③ 参见《独立董事办法》第12条。

④ 参见《独立董事办法》第14条、第15条。

公司协会负责建立上市公司独立董事任职信息库,上市公司可以从信息库中选聘独立董事。^①

(五) 细化独立董事权责要求,明确要求履行“规定动作”

为建立良好的独立董事履职平台,除了要求独立董事应发挥“参与决策、监督制衡、专业咨询”的作用,《独立董事办法》针对独立董事履职重点、专门会议、独立董事召集人、日常履职要求等方面都做了详尽的描述,具体表现如下:

第一,调整独立董事特别职权范围,将重大关联交易、提议聘用或解聘会计师事务所移出独立董事的特别职权范围;独立董事可独立聘请中介机构,并且中介机构可以对上市公司具体事项进行核查,将独立聘请中介机构经“全体独立董事同意”调整为“过半数同意”;扩大行使特别职权的范围,将征集股东投票权拓展为征集股东权利;独立董事发表独立意见的履职机制归入特别职权之一,不再作为强制性要求。明确独立董事行使特别职权时,上市公司应当及时披露。^②

第二,明确独立董事参与董事会会议的具体要求:会议召开前,独立董事可以与董事会秘书进行沟通,董事会及相关人员需要对独立董事提出的问题进行研究并反馈落实;会议召开中,独立董事应当亲自出席会议,因故不能亲自出席会议的,应当事先审阅会议材料,形成明确的意见,并书面委托其他独立董事代为出席。连续两次未能亲自出席董事会会议,也不委托其他独立董事代为出席的,董事会应当在该事实发生之日起30日内提议召开股东大会解除该独立董事职务;会议开后,独立董事应当持续关注与潜在重大利益冲突事项相关的董事会决议执行与相关披露情况,发现违规情况应当及时向董事会报告,并可以要求上市公司作出书面说明。^③

第三,设置独立董事专门会议审议相关事宜:披露关联交易、变更或者豁免承诺、作出反收购措施等三类事项在提交董事会审议前应当由全体独立董事过半数同意并经独立董事专门委员会审议,其中,关联交易的事前认可标准从“重大关联交易(指上市公司拟与关联人达成的总额高于300万元或高于上市公司最近经审计净资产值的5%的关联交易)”调整为“应当披露”的交易;独立聘请中介机构、提议召开临时股东大会和提议召开董事会的三项独立董事特别职权,应当经独立董事专门会议审议,同时,独立董事专门会议应当推举一名独立董事召集和主持,召集人不履职或

① 参见《独立董事办法》第16条。

② 参见《独立董事办法》第18条。

③ 参见《独立董事办法》第19条、第20条、第22条。

者不能履职时,两名及以上独立董事可以自行召集并推举一名代表主持;未设置提名委员会、薪酬与考核委员会的,由独立董事专门会议对提名委员会审查独立董事提名人的任职资格进行审查,并对提名委员会提出建议事项、薪酬与考核委员会提出建议事项所列事项向董事会提出建议。^①

值得注意的是,本次改革同时引入了独立董事专门会议和首席独立董事(独立董事会议召集人)的概念。实际上,在《银行保险机构公司治理准则》第43条就规定:“银行保险机构独立董事可以推选一名独立董事,负责召集由独立董事参加的专门会议,研究履职相关问题。”但是,银行保险机构用的是“可以”,上市公司用的是“应当”,可见《独立董事办法》在独立董事专门会议的规定上更为严格,更有助于独立董事更好地为上市公司服务。

第四,明确专门委员会职权。《独立董事办法》第25—28条主要介绍了这次新增的董事会委员会、提名委员会、薪酬与考核委员会相关内容。披露财务报告、定期报告中的财务信息、内部控制评价报告、聘用或者解聘会计师事务所、任免财务负责人、会计政策、会计估计变更或者重大会计差错更正等事项在提交董事会审议前应当由审计委员会事前过半数同意,且审计委员会每季度至少召开一次;提名委员会应当针对董事及高级管理人员的提名、任免等事项向董事会提出建议;薪酬与考核委员会针对董事及高级管理人员的薪酬、股权激励计划、员工持股计划的制定和变更以及激励对象获授权益、行使权益条件成就、董事及高级管理人员在拟分拆所属子公司安排持股计划等事项向董事会提出建议。^②

第五,明确独立董事日常履职要求,规定独立董事应当制作工作记录,详细记录履职情况,独立董事工作记录及上市公司向独立董事提供的资料,应当至少保存十年;同时,上市公司应健全独立董事与中小股东的沟通机制,以便独立董事就投资者提出的问题向上市公司及时核实;细化独立董事年度述职报告,年度述职报告应当包括:“(一)出席董事会次数、方式及投票情况,出席股东大会次数;(二)参与董事会专门委员会、独立董事专门会议工作情况;(三)对本办法第23条、第26条、第27条、第28条所列事项进行审议和行使本办法第18条第一款所列独立董事特别职权的情况;(四)与内部审计机构及承办上市公司审计业务的会计师事务所就公司财务、业务状况进行沟通的重大事项、方式及结果等情况;(五)与中小股东的沟通交流情况;

^① 参见《独立董事办法》第23条、第24条、第29条。

^② 参见《独立董事办法》第25条、第26条、第27条、第28条。

(六) 在上市公司现场工作的时间、内容等情况;(七) 履行职责的其他情况。”独立董事年度述职报告最迟应当在上市公司发出年度股东大会通知时披露。^①

(六) 加强独立董事履职的保障,确保独立董事有效履职

因为独立董事外部身份的特殊性,其天然地无法参与公司治理的各个方面,因此,为了弥补其在公司经营方面所存在的信息缺口,尽可能地减少因信息不对称而给独立董事履职造成的阻碍,本次改革要求上市公司为独立董事履行职责提供必要的支持和条件。具体包括:① 指定董事会办公室、董事会秘书等专门部门和专门人员协助独立董事履行职责;② 在董事会审议重大复杂事项前,组织独立董事参与研究论证等环节,充分听取独立董事意见,并及时向独立董事反馈意见采纳情况;③ 上市公司原则上应当不迟于专门委员会会议召开前三日提供相关资料和信息;上市公司应当保存前述会议资料至少十年;董事会及专门委员会会议以现场召开为原则。^④④ 明确独立董事行使职权遭遇阻碍的,可以向董事会说明情况,要求董事、高级管理人员等予以配合,并将相关情况记入工作记录,仍不能消除阻碍的,可以向证监会和证券交易所报告;独立董事履职相关事项涉及应披露信息的,上市公司应当及时办理披露,不予披露的,独立董事可以直接申请披露,或者向中国证监会和证券交易所报告。中国证监会和证券交易所应当畅通独立董事沟通渠道。^⑤

在法规修订的连贯性上,本次《独立董事办法》的修订,也与2023年《公司法》修订有所联动。具体言之,本轮《公司法》拟以审计委员会替代监事会,最终实现单层董事会转变的修法方向基本定型。而单层董事会有效性的核心是通过以独立董事为代表的专门委员会发挥作用来实现——这与美国1950年后的独立董事演变历史颇为相似。本轮改革强调审计委员会应当全部是非执行董事,再次证明审计委员会是目前维护独董制度或者董事会监督机制的有效设计。如上所述,本次改革的核心是设置了“规定动作”,把有关会计、审计的一套程式化的验证程序,依托年报审计等必经流程,内化到上市公司治理的过程中。通过会计专业人士对年报审计的“规定动作”,对外部审计机构、内部财务报告编制等流程进行有效关注。另外,由于独董并没有参与公司日常经营,甚至很少有精力去关注公司的财务和其他重大事项,对其董事职权

① 参见《独立董事办法》第30条、第31条、第32条、第33条。

② 参见《独立董事办法》第35条。

③ 参见《独立董事办法》第36条。

④ 参见《独立董事办法》第37条。

⑤ 参见《独立董事办法》第38条。

的行使往往比较谨慎,因此更需要设置“规定动作”来帮助独董实现“有权”。

(七) 扩充履职免责事由,降低独立董事履职风险

《独立董事办法》新增独立董事法律责任的规定,具体体现在第44、45、46条。第44条规定:“上市公司、独立董事及相关主体违反本办法规定的,中国证监会可以采取责令改正、监管谈话、出具警示函、责令公开说明、责令定期报告等监管措施。依法应当给予行政处罚的,中国证监会依照有关规定进行处罚。”对独立董事在上市公司中的履职尽责情况及其行政责任,可以结合独立董事履职与相关违法违规行为之间的关联程度,兼顾其董事地位和外部身份特点,从多方面综合考量。

对独立董事不予行政处罚的条件包括:“(一)在审议或者签署信息披露文件前,对不属于自身专业领域的相关具体问题,借助会计、法律等专门职业的帮助仍然未能发现问题的;(二)对违法违规事项提出具体异议,明确记载于董事会、董事会专门委员会或者独立董事专门会议的会议记录中,并在董事会会议中投反对票或者弃权票的;(三)上市公司或者相关方有意隐瞒,且没有迹象表明独立董事知悉或者能够发现违法违规线索的;(四)因上市公司拒绝、阻碍独立董事履行职责,导致其无法对相关信息披露文件是否真实、准确、完整作出判断,并及时向中国证监会和证券交易所书面报告的;(五)能够证明勤勉尽责的其他情形。”^①但以上情形都需要满足一个前置条件,即独立董事能够证明其已履行基本职责。

综上所述,在详细列举独立董事责任认定考虑因素的同时,特别规定了独立董事的不予处罚条件,明确独立董事与非独立董事承担共同而有区别的法律 responsibility,有利于鼓励专业人士积极参与上市公司治理,更加有效地发挥独立董事的决策、监督、咨询作用,更好发挥上市公司独立董事制度在完善中国特色现代企业制度、健全企业监督体系、推动资本市场健康稳定发展方面的重要作用。

四、结 语

在《独立董事办法》公布的当日,为衔接和落实相关要求,沪深北交易所同步修订并发布了配套制度。《独立董事办法》的生效实施对于重塑独立董事生态系统意义重大,能在很大程度上解决独立董事定位不清晰、权责不对等、监督手段不足、履职保障

^① 参见《独立董事办法》第46条。

缺失等问题,进而建立独立董事角色更明确、权责更匹配、监督更有力、履职更科学的中国特色独立董事制度。本文结合独立董事的源起和发展历史,以及我国对于独立董事制度从探索实践到规范发展的曲折路径,对本次改革的七个要点作出阐述和展开。相信《独立董事办法》将和修订后的《公司法》等相关法律法规共同形成一套“组合拳”,积极营造推动独立董事积极履职、加强监督、完善上市公司规范运作的外部环境,共同营造资本市场健康发展的良好氛围。